



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.V/WP.50
20 September 1999
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
破产法工作组
第二十二届会议
1999 年 12 月 6 日至 17 日，维也纳

与破产法有关的可能的未来工作

秘书处的说明

目 录

	段 次	页 次
导言	1—7	3
一. 总体背景说明	8—11	4
二. 各国际组织目前开展的活动	12—23	4
A. 亚洲开发银行	13—14	5
B. 国际律师协会	15	5
C. 国际货币基金组织	16—18	5
D. 经济合作与发展组织	19	5
E. 国际金融危机问题工作组	20—21	6
F. 世界银行	22—23	6
三. 关键目标	24—31	6
A. 尽量增大资产的价值	25	6
B. 在清算和重组之间权衡利弊	26	7
C. 公平待遇	27	7
D. 规定及时、高效和公正地解决破产	28	7

	段	次	页	次
E. 防止债权人过早分割债务人的资产	29		7	
F. 规定具有可预见性和透明度的程序, 载列对收集和分发信息的刺激措施	30		7	
G. 建立跨国界破产的框架	31		7	
四. 确定核心特点	32—160		7	
A. 法律的适用一个人和企业	34—36		8	
B. 清算和重组之间的关系	37—46		8	
C. 清算程序	47—103		9	
1. 开始清算程序的条件	48—52		10	
2. 开始的效力	53—62		11	
3. 程序	63—100		12	
4. 免除债务	101—102		18	
5. 外国债权人	103		18	
D. 重建	104—143		18	
1. 基本特点	104		18	
2. 开始要求	105—110		19	
3. 开始的后果	111—116		19	
4. 程序	117—143		21	
E. 债权人的参与	144—147		24	
F. 清算人和管理人	148—153		25	
G. 法院	154—156		25	
H. 非正式破产程序	157—160		26	
四. 今后可能开展的工作的形式	161—168		27	
A. 示范法或示范条文	162—166		27	
B. 立法原则或建议	167—168		27	

导言

1. 委员会第三十二届会议（1999 年）收到了澳大利亚关于破产法领域未来可能的工作的建议（A/CN.9/462/Add.1）。¹ 该建议提到最近的区域性和全球性金融危机及在各国际论坛内针对这些危机所开展的工作。这些论坛的报告强调有必要在三个方面加强国际金融制度——透明度、责任制和用国内法律制度管理国际金融危机。这些报告认为，强有力的破产和债务人—债权人制度是防止或控制金融危机并促进迅速而有条不紊地摆脱债务过重问题的重要手段。委员会收到的建议指出，鉴于委员会的成员的普遍性、它以前就跨国界破产所做的成功的工作以及它与在破产法领域拥有专门知识并对之感兴趣的各国际组织已建立的工作联系，委员会是把破产法列入其议程的合适论坛。该项建议促请委员会考虑委托一个工作组，负责制定公司破产示范法，以促进并鼓励采用行之有效的国内公司破产制度。
2. 委员会对该建议表示赞赏。它注意到其他国际组织已就制定破产制度的标准和原则开展了不同工作项目，如国际货币基金组织、世界银行和国际律师协会等。它注意到，虽然由于这些组织各自的任务和成员情况不同因而在范围和工作方法方面也有所不同，但其大目标却都是要使破产惯例和破产法现代化。这些组织所采取的举措证明有必要帮助各国重新评估其破产法和破产惯例。然而，也需要酌情加强这些不同的举措的协调工作，以便避免工作的低效重复和取得一致的结果。²
3. 委员会承认强有力的破产制度对所有国家的重要性。有一种意见认为，一个国家所采用的破产制度的类型已成了对其进行国际信用评级的一个最重要的因素。然而，有人对在国际一级开展破产立法工作的困难表示关切，因为这项工作涉及敏感的、可能有分歧的社会政治选择。考虑到这些困难，有人担心这项工作可能无法顺利完成。有的与会者说，一个可以普遍接受的示范法十有八九是不可行的，而且，任何工作都需要采取灵活态度，使各国有备选方案和可以作出政策选择。虽然委员会听到了支持这种灵活性的意见，但普遍同意，委员会不对其他组织已经在开展的工作进行进一步研究并审议有关的问题，便无法就承诺为制定示范立法或别的文书设立一个工作组作出最后决定。
4. 为了促进这种进一步的研究，秘书处请委员会考虑这种可能性，即专门召开一届工作组会议，确定在目前工作的层面上合适的产品是什么（如示范法、示范条款、一套原则或其他文书），并界定该产品中所要包括的问题的范围。与会者对此所表示的意见不尽一致。一种意见认为秘书处应当做更多的准备工作，并将其结果提交委员会第三十三届会议，供就是否应开展详细制定一部统一法或具有建议性质的别的文书的实质性工作作出决定。另一种意见认为，可将这一问题提交工作组的一届会议，工作组的这届会议以探索各种问题为目的，并向委员会 2000 年第三十三届会议提交一份关于在破产领域开展工作的可行性的报告。届时，委员会将收到充足的资料以便就这一问题作出最后决定。有的与会者强调，这届工作组会议的筹备工作将须与已经在破产领域开展工作的其他国际组织协调，因为它们工作的结果将构成旨在就委员会可能在这方面做出什么有用的贡献向其提出建议的审议工作的重要内容。有的与会者指出若干国际组织已经确定了破产法工作的重要性和紧迫性，广泛同意需要做更多工作，以便促进制定和采用行之有效的国内公司破产制度。
5. 委员会内普遍的看法是，应召集一届探讨性的工作组会议，以便起草可行性建议供委员会第三十三届会议审议。随后，在委员会讨论了其在仲裁领域未来的工作之后，决定由破产法工作组于 1999 年 12 月 6 日至 17 日在维也纳召开一届探讨性会议。
6. 本说明的目的是为委员会将要起草的文书可能涉及的问题和方法提供一份清单。并不指望它是详尽无疑的，可以预料在讨论过程中会提出本说明没有涉及的问题。

¹ 《破产法领域未来可能的工作：澳大利亚的建议》，A/CN.9/462/Add.1。

² 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 17 号》（A/54/17），第 381 至 385 段。

7. 工作组似宜按议题逐一审查本说明,以便首先考虑关于破产法专题的未来工作是否可取和可行,如果可取和可行的话,哪些议题(如果有的话)可在未来工作中处理。在审查这些议题时,工作组似宜考虑目前讨论的状况及本说明提出的解决办法是否可以提供合适的方法。此外,工作组还似宜考虑哪种形式的工作产品(如示范法、示范条款、一套原则或其他文书)也许适合于处理有关的政策考虑和解决本说明所概述问题的可能选择。这种方法可能有助于工作组就任何案文可能采取的形式得出工作假设。这一工作假设可用来指导工作组今后进行的任何审议,并能够随着工作的进展使这一形式具体化。

一. 总体背景说明

8. 在编写本说明和选择其中提到的问题时,秘书处借鉴了以前的工作和报告。本说明第二章简要介绍各国际组织目前在破产法领域所开展的工作。第三章概述被确定为对行之有效的破产制度重要的关键原则或目标,而第四章略为详细地讨论破产制度的核心特点。这两部分以 22 国集团国际金融问题工作组的报告³所阐述的行之有效的破产制度的重要原则和特点及国际货币基金组织(“货币基金组织”)⁴和亚洲开发银行(“亚行”)⁵的报告为基础。第四章还载有这些报告的建议和提议。本说明第五章提供关于可能形成未来工作的基础的各类案文的简明背景资料。它处理这些不同工作产品所带来的一些考虑因素,包括每一类案文对实现发展一个行之有效的国内公司破产制度的统一框架这一目标作出贡献的可能性。

9. 在开始审议这些问题之前,澄清如何理解本说明所使用的某些基本术语也许是有用的。大多数法律体系含有一些规则,规定当债务人不能还债时可以启动的各类程序,用“破产程序”等通用术语称之。可以区分两类破产程序,这两类破产程序并不总是使用统一的术语。

10. 在一类程序(这里称为“清算”)中,一个政府机构,一般是通过为此目的任命的官员(这里称为“清算人”)行事的法院,负责管理破产的债务人的资产,以便把非货币资产转变为货币形式、将收益按比例分配给债权人并对作为一个商业实体的债务人进行清算。一些国家只采用这类程序。这类程序使用的其他术语包括破产、清理、fallite、quiebra、Konkursverfahren。

11. 在另一类程序(这里称为“重组”)中,目的不是为了对破产的债务人进行清算,而是使他能够克服财政困难和恢复正常的商业运作。这些程序通常也是在一个政府机构,如通过为此目的任命的官员(称为“管理人”)行事的法院的监督下进行的。这些程序的目的一般是在债务人与其债权人之间就应使债务人能够为恢复财政维持能力重组其业务的救济达成一项协议。破产制度可以就清算和重组,以及在某些情况下从一种程序转到另一种程序预作安排。这类破产程序使用的其他术语包括救助、重组、安排、债务和解、concordat prœventif de faillite、suspensi.:n de pagos、administraci.:n judicial de empresas、Vergleichsverfahren。

二. 各国际组织目前开展的活动

12. 本部分提到其工作的各国际组织主要关心的不是统一法律规则。它们对破产法和惯例的兴趣产生于它们在国际金融系统所从事的工作,及越来越认识到行之有效的破产制度在加强一个国家的经济和金融系统以预防金融危机方面发挥重要作用,且在发生危机时是应付这种金融情况的必不可少的机制。这些

³ 《22 国集团国际金融危机问题工作组的报告》, 1998 年 10 月(“22 国集团的报告”)。

⁴ 国际货币基金组织法律部的报告,《有条不紊和行之有效的破产程序: 关键问题》, 1999 年 5 月(“货币基金组织的报告”)。

⁵ 亚洲开发银行,《区域技术援助项目, TA No: 5795—REG, 破产法改革: 初步比较报告》, 1999 年(“亚行报告”); 还有《特别报告: 亚洲和太平洋区域的破产法改革》, 亚洲开发银行的法律与发展, 1999 年编, (“亚行特别报告”)。

组织都强调了强有力的国内破产制度的价值。

A. 亚洲开发银行（亚行）

13. 亚行破产法改革问题区域技术援助（区域技术援助）项目是作为亚行法律与发展活动的组成部分开展的，目的是为关心破产法改革和管理的政府官员和其他人提供一个区域性论坛，以便讨论破产法改革和管理的共同问题并探讨区域和国际最佳做法。在这一区域技术援助项目的范围内，在亚洲十一个经济体研究了公司债务、债务收回和公司破产之间的相互关系。这次研究的初步比较报告试图查明、评论和估计这十一个经济体在这些相互关系方面的相似点和不同点，确定进行讨论和审慎评价的重要领域，并提出适合该区域有效地处理公司破产和债务收回问题的“最佳做法模式”的重要组成部分。报告建议参照许多充分发达国家的公司破产制度和有关做法中明显的已经确认和接受的政策和原则来确定基本组成部分。虽然报告指出（第 8 页 1.6）各国在应用和实践这些政策和原则方面有相当大的差异，但强调在这些制度中存在着合理的方法上的基本共性。因此报告提出，制定一个商业上可接受的破产制度基本政策框架，合理地适合应用于市场经济是可能的。

14. 报告以全面调查十一个经济体的许多方面为基础，其中包括：工商业组织的形式和结构（侧重于大中型企业）；银行系统和这些企业是否能获得包括有担保融资和强制执行在内的各种形式的融资；无担保融资和强制执行；对财政困难和破产的态度；非正式程序；破产法制度；破产法的外国和跨国界方面；贷款人和借款人之间的相互关系；及对由这些问题产生的各种程序的总体评价（第 6—7 页）。调查针对的是这些问题和程序的形式和实质，以及可能影响到形式和实质的无形因素或社会政治因素。

B. 国际律师协会（律师协会）

15. 国际律师协会 J 委员会处理破产和债权人的权利。最近的一个项目是破产示范法典，目的是通过为考虑改革其破产制度的法域提供关于破产法重要组成部分的条款草案来统一实质性破产法。处理清算程序的草案初稿已于 1997 年 9 月完成。该草案处理破产的验证、破产代表的权力、破产前的无效交易及债权人索偿权和合同的优先权等专题。目前正在编写进一步的示范法草案。

C. 国际货币基金组织（货币基金组织）

16. 货币基金组织法律部于 1999 年 5 月完成了题为“有条不紊和行之有效的破产程序：关键问题”的内部报告。报告讨论各国在设计破产制度时需要考虑的主要政策选择。报告基于对部分破产法的比较研究，讨论具有普遍重要性的问题，并权衡可能的解决方案的利弊。报告虽然对一些较重要的政策选择表示了某种偏好，但并不试图提出标准。

17. 报告明确指出对这些问题采取的方法在若干方面有所不同，这不仅是因为法律传统不同，而且是因为政策选择各异。虽然其中一些选择可称为“亲债权人”方法或“亲债务人”方法，但报告（第 2 页）警告说，“一部破产法中制定的规则在多大程度上被视为适合一种或另一种类型，最终没有一个强有力的体制结构在多大程度上有效实施这些规则重要。”

18. 报告指出它没有处理几个问题——破产法对个人的适用；处理国家或地方政府遇到的流动性问题的法律机制；金融机构的破产；公司管理和破产之间的复杂关系；关于有担保交易的法律；独立的主管司法部门和不经法院的重组的一般特点。

D. 经济合作与发展组织（经合组织）

19. 自 1992 年以来，经合组织的私有化和企业改革股就参与了为转型期和新兴市场国家政府制定法律改革领域的规则 and 政策的进程，侧重于私有化、破产和公司法。破产法领域的工作侧重于转型期经济体，审查破产程序和企业结构调整之间的关系，以比较方式概述不同的破产法律和政策框架，探讨在将国有资产私有化中采用破产或类似程序的政策影响。经合组织在其为亚洲开展的特别方案的范围内并与世界银行和亚行合作，已着手促成在成员国专家和新兴市场经济体的官员、决策者和专家之间就设计和实施破产制度开展对话。将于 1999 年 11 月召开一次会议讨论若干报告，审查亚洲经济体在破产改革方面取得的进展，审议目前制定国际破产程序框架的工作并为未来的工作提出建议。

E. 国际金融危机问题工作组（22 国集团）

20. 完成于 1998 年 10 月的工作组报告确定了一系列政策和体制创新措施，可以帮助预防国际金融危机并促进有条不紊地解决将来可能发生的危机。尤其是确定了可以帮助降低将来危机发生的频率并限制其范围、改进债权人的协调工作并促进以有序、合作和平等的方式解决发生的国际金融危机的政策供人们考虑。对于与国际破产专业人员联合会协商制定的破产制度八项主要原则和特点，报告表示赞同。

21. 关于用何种方式促进采用与报告所赞同的原则和特点相一致的破产制度，报告没有提出任何具体建议。相反，按照工作组的设想，一些论坛目前审议的经过改进的国际监督方法将审查各国的破产制度，同时，国际货币基金组织和世界银行提供的技术援助，加上资本市场的监督，会有助于鼓励改进。尽管如此，工作组还是敦促有关论坛考虑制订更多的方法和刺激手段，鼓励推行行之有效的破产制度。

F. 世界银行

22. 作为改进国际金融体系将来稳定性的范围更广的工作的组成部分，世界银行在确定健全的破产制度和加强债务人—债权人的有关权利的原则和准则的行动中发挥领导作用。这一行动将与一些国际组织（包括货币基金组织、亚行、贸易法委员会、经合组织、国际金融公司、非洲开发银行、欧洲复兴开发银行、泛美开发银行、国际律师协会和破产管理从业人员国际协会）合作进行，它将向世银和一个专家特别工作组提供指导。

23. 该特别工作组将在一系列工作文件和破产问题专题讨论会（1999 年 9 月 13 日和 14 日，华盛顿）的基础上起草原则和准则草案。工作文件将审查许多问题，其中包括破产的法律框架、体制框架、破产经济学、规章制度、企业和金融部门关心的问题、重组和破产备选方案、系统性危机的情况、国有企业破产、银行破产和债务人—债权人制度。

三. 关键目标

24. 虽然本说明提到的各报告处理的方式有所不同，但它们在对于行之有效的破产制度来说重要的关键目标方面有着广泛的一致。⁶

A. 尽量增大资产的价值

⁶ 本讨论以 22 国集团报告第 44—45 页概述的原则为基础。

25. 破产法应规定可以对债务人进行整顿以替代清算，在这种情况下债权人自愿得到少于清算的价值，可以通过允许债务人继续存在下去来尽量增大债务人对债权人的价值。

B. 在清算和重组之间权衡利弊

26. 一项破产制度需要对通过清算在近期收债（常常受有担保的债权人欢迎）的好处和通过重组将债务人作为一个有生存能力的企业保留下去（常常受无担保的债权人欢迎）两者进行权衡。

C. 公平待遇

27. 破产制度应公平地对待情况类似的债权人，包括外国和本国债权人。公平待遇承认不必平等对待债权人，但要以反映债权人与债务人达成的不同交易的方式对待债权人。破产制度应处理在发生财政困难的情况下可能出现的欺诈和偏袒问题。

D. 规定及时、高效和公正地解决破产

28. 应迅速而高效地解决破产，避免不适当地妨碍债务人的业务。为促进迅速而高效地解决，在法律中规定完成某些事项和整个程序的时限、向管理债务人资产的实体分配对该程序所负的责任及视可能设立监督该程序的专门法院或行政法庭也许是有用的。

E. 防止债权人过早分割债务人的资产

29. 程序应有条不紊地进行，应通过强制性中止来制止债权人过早地分割债务人的资产。这样将能够适当地审查债务人的情况，并促进尽量增大资产的价值和债权人得到公平待遇。

F. 规定具有可预见性和透明度的程序，载列对收集和分发信息的刺激措施

30. 有关的风险分配规则应在法律中明确规定并一致采用，以确保对该程序有信心及参与者能够采取适当措施管理风险。透明度与可预见性目标密切相关，要求向该程序的参与者提供足够的信息，使他们能够根据破产法行使其权利。此外，如果法律规定行使酌处权，还应就如何行使这种酌处权提供足够的指导。

G. 建立跨国界破产的框架

31. 为了促进各法域之间的协调，破产法应规定关于承认外国程序的跨国界破产的规则。

四. 确定核心特点

32. 亚行和货币基金组织的报告处理破产制度要涉及的一些共同问题。就支持该程序所需的法律框架而言，这些报告指出破产制度应解决以下几个问题：

1. 受本法律制约的债务人的类型；
 2. 清算程序和重组程序之间的关系；
 3. 何时可以开启破产程序；
 4. 一旦开启破产程序，应在多大程度上使债务人脱离管理工作；
 5. 其行动被中止或不可以开始的债权人类别；
 6. 在多大程度上清算人和管理人应有权干预或废止开启程序之前债务人订立的合同；
 7. 对拟订重组计划采取的限制及其批准和实施要求；及
 8. 在清算中，为分配目的的债权人等级排列。
33. 就体制框架而言，重要问题包括：
1. 在多大程度上由法院或特别管理机关监督该程序；
 2. 法官和指定官员在履行职责时应当拥有的酌处权；及
 3. 在多大程度上法院和指定官员应有权甚至不顾债权人的反对就经济和商业事项做出决定。

A. 法律的适用一个人和企业

34. 一个重要的界限问题是确定哪些实体作为债务人能够受普通破产法的制约。如果一个实体被排除在该程序之外，它就不享受该程序提供的保护，也不受该程序行为准则的制约。普通破产制度可以适用于各种形式的私人 and 国有公司，特别是参与市场竞争并在其他方面与私有公司受同样的商业和经济运行程度制约的国有实体。除了普通破产法，可能需要规定针对自然人和受监管程度较高的实体（如金融和保险机构和公用事业公司）的特殊制度。

35. 亚行报告（第 14 页 2.4）初步建议，所有公司，不论是私有的还是国有的（银行除外）都应受同样的破产法制度制约。

36. 货币基金组织的报告（第 17 页）得出结论说，虽然应当避免将一个企业排除在任何形式的破产制度之外，但承认各国似宜在普通破产法范围之外建立针对个人或受监管程度较高实体（如金融机构）的特殊制度。然而，政府对一个企业的所有权本身不应自动构成将一个企业排除在普通破产法范围之外的依据。

B. 清算和重组之间的关系

37. 如果一个债务人不能清偿其到期债务，通常存在着对财产的若干相竞索偿要求，在某些情况下，也许清算能最好地满足这些索偿，即使债权人只得到其索偿价值的一部分。在其他情况下，清算将不是最好的行为方针，可以对债务人的债务结构和业务进行调整，以便作为一个继续经营的企业挽救该实体，并确保债权人得到全额偿还或者至少得到与通过清算将得到的一样多。设计和评价破产法的一个重要问题是在各种社会、政治和经济利益与鼓励参与这一制度之间取得平衡的方式。

38. 货币基金组织的报告建议可以从不同角度看待清算程序的必要性：首先，作为处理债权人之间问题的方式；其次，作为一种约束力，这种约束力是可持续的债务人—债权人关系的一个要素。关于第一个问题，报告（第 10 页）指出：

“有条不紊和行之有效的清算程序通过开启一个集体程序来解决债权人之间的问题，这一程序力求实现对各债权人的公平待遇和尽量增大分配给债权人的资产。[.....]实现这些目的的做法通常是中止债权人对债权人强制执行其权利的能力并指定一个独立清算人，其主要职责是在向债权人分配之前尽量增大债务人的资产。”

39. 关于继续存在的债务人—债权人关系，货币基金组织的报告指出，有条不紊和可预见的强制执行债权人权利的机制是清算程序的特点，可将这一机制看作债权人作出贷款决定的重要因素。从更广泛的范围看，可将清算程序看作“增进经济中所有参与者的利益，因为清算程序发挥促进提供信贷和发展金融市场的作用”（第 11 页）。

40. 关于重组，亚行报告（第 12 页 2.2(b)）讨论了坚持并非所有在竞争市场失败的企业都必须被清算的经济理论（一种比用来证明清算程序正当的理论更加现代的理论）。对于有合理的继续存在下去的希望的公司，应给予它这种机会，尤其是因为可以证明使这些公司继续运作更有价值。

41. 与清算截然不同，重组留出时间让债务人解决流动性问题，并调整其业务及与债权人和利害关系方的关系，以便确定如何能够为满足所有索偿要求而最好地尽量增大债务人资产的价值。依赖正式重组程序实现这些目标的程度有所不同，正象该程序的重点和平衡不同利益的方式有所不同一样。例如，一些制度强调作为一个继续经营的企业挽救该实体，并维持现有的所有权结构，而另一些制度关注的是索偿人。

42. 货币基金组织的报告（第 11—12 页）指出，正式重组程序之所以可以提供一种重组企业的机制来满足经济中所有参与者的利益有若干理由。首先，由于不经法院的重组要求债权人一致同意，诉诸正式重组程序可能有助于实现结构调整，在这种结构调整中，正式重组程序使债务人和多数债权人能够对不同意的少数债权人强制实施一项计划，尤其是在有些债权人在不经法院的谈判期间“不退让”的情况下。其次，报告指出，现代经济大大降低了可以通过清算尽量增大一个实体的价值的程度。在技术诀窍和商誉比实物资产更重要的情况下，保留人力资源和业务关系是不能通过清算实现的价值的基本要素。其三，通过重组程序更有可能实现长期经济利益，因为重组程序鼓励债务人在其财政困难变得严重之前进行结构调整。最后，采用重组程序符合某些社会和经济考虑，例如重组程序保护陷入困境实体的雇员。

43. 评论者指出重组在转型期经济体中特别重要，在这种经济体中，大规模清算破产企业，特别是大型国有企业，可能产生其程度可能对该国的社会结构造成不利影响并危及该国的政治生存能力的结构性和社会性问题。⁷

44. 虽然常常将清算和重组程序作为单独的程序对待，但二者之间有很大程度的重叠和相互关联，开始时常常难说债务人应被清算还是重组。处理这一问题的一个方法是在破产制度中同时包括两个过程，两者之间的平衡由政策考虑因素确定。例如，在一些情况下，法律可以假定一个公司应被重组，只有在重组失败时才开启清算程序。一个不同的方法是“单一”程序，“单一”程序规定最初所有破产都根据相同的规则进行，只有在就是否有可能进行重组作出决定后才将程序分为清算或重组。

45. 亚行报告（第 14 页 2.5）指出，在单一程序下可以同时考虑两个过程，这具有成本和效率方面的好处。例如，该报告引证说，寻求正式重组而告失败的公司可以自动被清算，不必开启一个新的清算程序。该报告建议破产制度应提供在单一程序下同时考虑清算和重组的可能性。货币基金组织的报告（第 14 页）指出单一方法的程序的简单，机构基础设施能力有限的情况下可能好处。然而，由于这种方法反映最后的趋势在许多国家的破产法中尚未采用，该报告采用仍然流行的双程序模式。

⁷ 例如，见 Manfred Balz 博士和 Henry M. Schiffman: “转型期经济体的破产法改革—比较法观点”第 1 部分（“Balz 和 Schiffmann Pt.1”），《Butterworths Journal of International Banking and Financial Law》，第 11 卷，第 1 期（1996 年 1 月），第 19 页。

46. 本说明分别审议正式清算程序和重组程序，确定并讨论每一程序的核心条款。

C. 清算程序

47. 亚行特别报告（第 11 页）查明清算程序有以下共同格局：

1. 由实体或债权人向法院或其他主管机构提出申请；
2. 关于清算实体的命令或裁决；
3. 任命一名独立人士开展并管理清算；
4. 实体停业；
5. 终止董事的权力和雇员的雇用；
6. 变卖实体的资产；
7. 裁定债权人的债权；
8. 将现有资金分配给债权人（按照某种形式的优先次序）；以及
9. 解散实体。

1. 开始清算程序的条件

48. 破产法提及各种不同的开始标准，但大多数破产法以流动性或现金流量作为标准，并要求全面停止对到期债务的偿还。如货币基金组织报告（第 18 页）所指出的那样，依靠上述标准，而不是靠一种需要诸如鉴定是否存在破产之类的更严重的财务困难的标准，目的是为了在债务人财务困难早期便激活各项程序，避免债权人争相抢占资产，造成债务人解体，从而损害债权人的集体利益。与这种“未雨绸缪”方式有关的问题——例如对一个有财务困难但财务上仍可存活的企业开始清算程序的问题——可通过规定债务人将清算变为重组来解决。

49. 就进入该程序而言，亚行报告（第 15 页，2.6）强调必须使其方便、费用低而且迅速。限制性进入会使债务人和债权人都望而却步，而拖延就资产散逸和重组的可能性来说是有害的。破产法通常规定清算程序既可由债权人发起也可由债务人发起。“全面停止支付”要求通常在对这两种情况都适用，但在实践中，如果是债务人提出申请，法院则可能不那么严格要求提供破产证据，因为债务人的申请通常是在债务人无法偿还债务的情况下才采用的最后手段。⁸如果是债权人提出申请，尽管他们有可能表明债务人未能偿还他们各自的债权，但是提供关于普遍停止的证据却可能不那么容易。如亚行报告（第 15 页，2.6）所指出的那样，“尽管应该要求提供关于临界值的证明，但是，使债权人能够以相对简单的形式出具证明来证实公司债务人破产的假设，也是确有必要的。”破产法以各种方式处理上述问题，包括要求应有一个以上的债权人提出请求书，或要求债务人向法院提供资料以便能够作出关于存在全面停止支付情况的裁定。亚行报告认为，只需提供明确的证据表明公司债务人未能支付到期债务即可。

50. 与债务人发起的破产程序有关的一个问题是，是否有可能责成债务人在财务困难的某个阶段即开始有关程序。显然，确立尽早采取行动的责任可能会有好处。如果是重组程序，尽早采取行动将增加重组成功的机会，如果是清算，债权人的利益将通过防止债务人资产进一步散逸而得到保护。但是，如货币

⁸ Balz 和 Schiffmann，第 1 部分，第 23 页。

基金组织报告（第 20 页）所认为的那样，这类规定有可能影响管理部门争取庭外达成债务结构调整协定的积极性，因为拖延正式程序有可能导致个人责任。如选择不靠罚款来迫使债务人开始有关程序，便可能需要采用各种刺激手段来鼓励债务人开始有关程序。

51. 关于开始问题，亚行报告（第 15 页，2.6）的初步建议是：

“破产法机制所规定的进入程序的方式应当是为公司债务人和债权人提供的一种既快速、方便而且费用低的程序，但是应伴有充分的保障措施以保护程序不被滥用。应提供能够证明公司债务人破产或面临财政困难的证据。”

52. 货币基金组织报告（第 20 页）的结论认为：

“如果法律确立各自分开的清算程序和重组程序，则应允许根据债权人或债务人提出的申请开始清算程序。如果申请是由债权人提出的，开始程序的主要标准最好是证明债务人已全面停止支付。可采用各种检验方法作为手段来确定事实上停止支付是否全面。关于由债务人提出申请的情况，需要作出重要的政策选择，即法律是否应当规定对未能在全面停止支付时即开始程序的管理部门的具体处罚条款。如果决定不规定这种处罚，作为替代手段，在重组程序方面，法律最好提供充分的鼓励措施，以鼓励债务人尽早利用上述程序。在司法能力有限的情况下，最好要求法院在申请提出之后一段规定的时间内就程序开始的问题作出裁决。”

2. 开始的效力

53. 拟在本标题项下审议的问题涉及裁定哪些构成产业资产及如何保护这些资产，使其免受债务人及债权人的损害。

(a) 产业资产

54. 产业资产通常包括截至破产程序开始之日债务人的财产以及上述日期之后清算人所获得的资产。

55. 上述第一类财产通常包括属于债务人的有形资产及无形资产，不论其在开始破产程序之时是否仍为债务人所有。未列入产业范围的资产将包括为第三方所有但在程序开始时在债务人手中的资产，以及在某些情况下，债务人正在使用的资产，但是这些资产的使用须符合出租人保留法定所有权的租赁合同的规定。如货币基金组织报告（第 22 页）所指出的那样，属于后一类的资产可能需要特别关注以确保租赁事实上并不是变相的借贷安排。在这种情况下，出租方将受到与担保放款人同样的限制。

56. 第二类的财产将包括清算人在清算开始之前用继续经营债务人的企业所获得的资产以及通过行使废止权而获得的资产。

(b) 保护产业

57. 破产程序的主要目标之一是保护产业的价值。这将包括保护其在从提出申请到申请获准这段时间以及程序开始之后不受债务人和债权人行动的损害。

58. 在第一阶段，可能有必要采取行动来确保债务人不致将资产移出企业，或潜逃避开债权人，确保债权人不会起到在一旦获准将予采取的停止针对债务人的行动前抢先行动的作用的法律行动。可由法院或经债权人要求采取的防止这类行动的临时保护措施可包括任命一名初步清算人，禁止处置资产并中止执行针对债务人的物权担保。由于这些保护措施属于临时性，法院可要求先提供证据证明有必要采取这类措施才能发出公布债券命令，特别是如果关于采取临时措施的申请是由请求开始破产程序的债权人提出的。

59. 一旦开始清算程序，为了保护产业可能需要解除债务人的业务控制权，将控制权移交给一名指定的

清算人。可能会有诸如债务人的企业作为经营中的企业出售之类的情况，在这种情况下允许债务人保留对业务的某种程度的控制权是有道理的，虽然清算人根据其任命拥有全部控制权，而且在此期间，需对债务人的任何非法行为负责。采取这样一种步骤通常需要与债权人协商。

60. 在程序进行期间，为了保护产业不受债权人的损害，可能需要对债权人行使其法定权利的能力采取停止措施。也许有必要立即采取停止措施，以尽可能对产业有利，确保公平有序的管理。确立停止措施的各项条件，需要在以下两者之间进行权衡：一方面是使清算人有足够的时间使产业的资产价值达到最大限度，并酌情将企业作为经营中的企业变卖，另一方面是破产法干预公认的商业惯例和程序的程度，特别是与担保债权人有关的商业惯例和程序。货币基金组织报告（第 24 页）指出，对于以下两点的必要性并无多少争议：一是停止无担保债权人以扣押资产为手段执行其合同索偿的能力，一是使所有债权人无法发起法律程序以收回程序发起之前积累的债务。但是，担保债权人的承保范围却引起一些问题（见下文第 65—69 段）。

61. 亚行报告（第 17 页，2.7）提出的初步建议是：

“如果债务人公司申请清算，或经断定债务人公司只适于清算，则应免除现有管理部门的权力，并任命一名独立管理人来承担上述权力并开展清算。第二，停止或中止针对债务人公司财产的那些行动和程序应仅限于无担保债权人。”

62. 货币基金组织报告（第 24 页）的结论是：

“清算程序一开始，债务人在其中拥有业主权益的所有资产应自开始之日起移交一名独立的、由法院指定的清算人。应要求债务人公布所有资产和可疑的交易。

“在程序进行期间，由清算人行使控制权的所有资产均应通过采取“停止”措施予以保护，即停止无担保债权人对产业资产执行法律补救方法的能力。尽管停止措施的范围因国而异，但至少应防止无担保债权人：(一)扣押、变卖或占有资产以作为实现其索赔的手段；(二)启动法律程序以收回清算程序开始之前发生的债务。

“[...]停止措施应在有限的一段时间内[...]适用于担保债权人。

“一旦提出开始的请求，最好使法院有权在法院裁定开始程序之前可执行临时措施来保护债务人的资产。通常可采取的措施的范围应包括完全或部分剥夺债务人对资产的控制权，任命临时管理人并对债权人扣押资产的能力实行停止措施。”

3. 程序

一般性问题

63. 有效的破产程序的一项基本要求是以及时、可预测的、公平的方式进行破产程序，包括采用适当的查明和收取产业的资产，查明并核查产业的负债情况，变卖资产和分配收益。清算过程的上述不同阶段引起了一些问题。

(a) 索偿核查

64. 核查债权人的索偿需要对索偿要求的合法性和所涉数额进行评估，并为分配目的而确定索偿的类别。索偿的举证责任通常在于债权人，而且，为了避免拖延，似宜规定出具索偿证明的截止日期。如果某项机制允许对债权人的索偿提出质疑（不论是由清算人还是其他有关当事方提出质疑），则可在法律中列

入有关避免争端机制的规定，例如债权人审查索偿最后清单或某种形式的争端解决方案。⁹

(b) 已典资产和担保债权人

65. 适用诸如停止债权人执行其以担保品抵债的能力之类的任何措施均应在破产程序基本宗旨与债权人担保的宗旨和可承受的信贷可得性以及应履行契约义务的基本原则之间进行权衡。如果担保是为了在债务人无法偿还时保护债权人的利益，便不应推延或妨碍债权人以担保品抵债。与此同时，如货币基金组织报告第 25 页）所指出的那样，人们已经日益认识到如果允许担保债权人自行将其抵押物与产业的其他资产分开，可能影响破产程序的基本目标，特别是影响重组程序，但也影响到清算程序。如果不能对担保债权人的行动加以限制，可能会不利于在分配前使产业价值达到最大限度，特别是在选择将企业作为经营中的企业来变卖的情况下。在后一种情况下，个别担保债权人以担保品抵债可能会影响担保债权人的整体利益，因为企业作为经营中企业变卖时的索偿价值可能高于清算企业的清算中索偿价值。

66. 亚行报告（第 17 页，2.7(c)）对破产法应在多大程度上介入并干涉公认的商业惯例和程序提出问题。该报告建议将需要某种形式的停止，以便确保公平有序地实施破产程序，并支持采用一种一经提出申请即可生效的“自动“停止”方法。如果确实要实现使债务人重组的目标，停止的范围则应当十分广而且无所不包，因为除非能够保全债务人公司的基本资产和组成部分以及业务，否则重组将会失败。但是，由于上述理由与清算无关，因此停止应只适用于无担保债权人。

67. 货币基金组织报告（第 25 页）建议，至关重要是在停止担保债权人行使其权利的能力的同时应采取各项措施，以便在清算程序期间保护这些债权人利益。一种方法将是自动适用停止，但限定停止期限，以便使清算人能够着手进行查明并评估产业的工作——如果清算人能够表明有必要，期限可予延长。保护担保债权人利益的另一项措施涉及在停止期间保持并维护担保债权的经济价值。

68. 货币基金组织报告（第 27 页）概述了保护担保债权价值的两种方式。第一种方式是通过提供折旧补偿保护抵押品本身的价值，补偿方式可以是替换抵押品或定期支付相当于折旧额的现金；在停止期间支付利息直至债权人担保超值（抵押品的价值超过担保债权的价值）；为债权人提供等值替代抵押品；或在清算人希望变卖已典资产的情况下全额支付担保债权。第二种方式是保持债权的有担保部分的价值，方法是确定资产在程序开始时的价值并以该价值作为参考来确定债权人债权的有担保的那一部分的价值。这一价值是固定的，清算后进行分配时，在上述价值范围内，担保债权人享有优先权。在程序进行期间，债权人还将收到有担保部分债权的合同规定的利率，作为对拖延资产折现所作的补偿。

69. 货币基金组织报告（第 27—28 页）的结论是：

“作为一项一般性原则，破产法应适当兼顾以下两方面：一方面，防止担保债权人影响实现使产业资产价值达到最大限度的目的；另一方面，保护这类债权人的利益，使其抵押品的价值——因此也就是信贷的可得性——不致跌损。作为实施上述原则的手段，破产法通常应作如下规定：

“(a) 在程序开始后一段较短的——而且明确规定的——期间内（例如 30 天或 60 天），全面停止债权人行使权利的规定措施也应适用于担保债权人，从而防止其在程序进行期间行使对抵押品的合同权利，但须符合下文所述条件。通常只有在清算人能够表明延长停止期限是使产业资产价值达到最大限度以对所有债权人都有利（例如，由于将企业或企业的各部门作为经营中的企业变卖的可能性）才能由法院延长停止期限的必要手段时，破产法似宜对延长期限加以限制。

“(b) 那些通常不需要在企业作为经营中的企业出售时一起出售的资产（例如，现金抵押），可能适宜作为上述停止的例外情况。

⁹ 货币基金组织报告（注 4），第 37 页。

“(c) 在停止期间，应有一种确保担保债权人的利益得到适当保护的机制。如果是通过保持债权人抵押品的价值来提供这种保护，这类措施应包括为抵押品折旧提供补偿，而且，如果清算人拟使用或变卖抵押品，并则应提供替代抵押品。或者，各国可通过以下方式保护担保债权人的利益：在程序开始时确定抵押品的固定价值，再以该价值为基础，给予担保债权人以第一优先债权，另加定期支付合同规定的违约利息的优先债权。”

“如果清算人无法为担保债权人提供上述类型的保护，则应取消对担保债权人采取的停止措施。”

(c) 废止权

70. 由于破产程序可能在债务人首次意识到破产结果不可避免后很长一段时间才开始，因此正如货币基金组织报告（第 28 页）所指出的那样，可能有很多机会设法向债权人隐瞒资产，制造人为债务或向亲朋好友捐赠资产。从最终要进行的破产程序的角度来说，这类活动的结果是使一般无担保债权人处于不利地位——因其不属于这类行动的当事方，不享有抵押品所提供的保护——影响对所有债权人一视同仁的目标。因此，废止权的目的是为了恢复债权人平等并使对未来产业及其债权人有害的不公平的交易或单方面法律行动无效。¹⁰

71. 废止权的问题是一个需要平衡兼顾两个方面的问题，一是大力争取为了所有债权人的利益使产业价值达到最大限度，一是对合同可预见性可能造成的影响。亚行报告（第 22 页，2.13）建议“关于废止权的辩论与其说是围绕这些规定所依据的政策，还不与其说是围绕实践中这类规定的有效程度以及那些为界定诸如例如时间期限以及交易本身的性质必需的略带武断性的规则。关于这类规定的实际操作和执行在许多情况下不是很有效的这种批评意见有一定的道理。”

72. 尽管可能会有批评意见，但看来普遍同意废止权十分重要，不仅因为这种权力对使产业价值达到最大限度以有利于债权人方面是有作用的，而且还因为这种权力有助于确立公平的商业行为，是治理公司的适宜标准的一部分。¹¹

73. 拟审议的问题包括是否在清算和重组程序中均有可能行使废止权；哪些行为应属于可废止的行为，应采用何种标准，包括某些交易是否应自动废止或可被废止。

74. 在某些法域，废止规则仅适用于清算，而不适用于重组。有些评论家认为，这种做法会妨碍实现重组的全部潜力，会影响在清算和重组之间作出实事求是的选择。¹²

75. 废止规则可将客观及主观因素综合在一起。客观标准的重点是相对破产程序开始的时间而言，交易是何时发生的，以及争议中的交易的类型。主观标准则以因具体情况不同而各异的意图或了解程度为基础。客观规则可能容易适用，但在某些情况下也可能导致武断的裁决，例如属于某段特定时间的某项合法交易可能被宣布无效，而特定时间以外发生的某项欺诈性交易却可能会受到保护。而另一方面，客观标准可能导致争议，因此只有在确有必要时才采用。有必要实现这两种方法之间的平衡。

76. 货币基金组织报告（第 29 页）指出，对与内部人员的交易和转移适用的规则应比对无关联的市场当事方的交易和转移适用的规则更严格，因为内部人员更有可能得到优惠待遇，而且内部人员往往最早知道债务人的财务困难。内部人员的类别应包括不论是过去还是现在由于公司或由于家庭而与债务人关系

¹⁰ 例如，见 Manfred Balz 博士和 Henry M. Schiffman 合著，“从比较法律角度谈转型期经济的破产法改革”，第二部分，（“Balz 和 Schiffmann 第二部分”），《巴特沃斯国际银行和财政法杂志》，第 11 卷，第 2 期（1996 年 2 月），第 66 页。

¹¹ 亚行报告（注 5）第 22 页，2.13。

¹² 见 Balz 和 Schiffmann，第二部分，第 66 页。

密切者。

77. 货币基金组织报告（第 29—30 页）查明了废止规定最常包括的四类交易：第一，有证据表明债务人的真实意图是通过将资产置于债权人无法达到的地方来欺骗债权人而且对应方知道这一意图的情况下作出的交易和转移。这类交易将构成事实上的欺诈行为，因为双方均有欺诈意图。许多破产法没有规定关于可宣布这类交易和转让无效的时间期限。第二，在考虑不充分的情况下与第三方进行的交易和转移。只要交易失衡而且不像是在“不受对方控制”的情况下作出的，可推定有欺诈意图。一些法律规定了自开始之日计算的有追溯效力的最长期限，而另外一些法律还要求提供关于在交易或转移发生时已经破产或即将破产的裁决。第三，与债权人的“自愿”的交易和转移。这些涉及优惠待遇的问题，有可能将某项惠益给予并没有资格得到这项惠益的个别债权人。这可能包括，例如，早期偿还债务或将保证金给予原来没有担保的债权人。最后，与债权人的一般交易和转移。这涉及一些从各方面来说都属于正常的交易，只是这些交易发生在开始破产程序之前很有限的一段时间内，表明可能有某种优惠待遇。上述期限通常限于 30 至 90 天，一些法律还规定了债权人已知或应该知道债务人破产的情况的要求。作为正常业务一部分的交易，例如定期交付和付款的货物的支付之类的情况则作为例外情况处理。

78. 某些交易和转移可能由于破产法而自动失效，而在另外一些情况下，自动失效是否适宜全由清算人酌情决定。在这些情况下，酌处权应服从使产业价值达到最大限度的责任，并应考虑到收回转让所涉费用和造成的时间上的拖延。

79. 亚行报告（第 22 页，2.13）的初步建议是，破产机制应包括与废止那些造成债权人损失的或与对同一等级债权人一视同仁的原则相冲突的交易有关的充分规定。

80. 货币基金组织报告（第 31 页）的结论是：

“清算程序应规定一项机制，使清算人能够收回债务人在程序开始之前转移的资产，只要这类转移是对债权人普遍不利的。废止规定应具体说明应包括的交易和转移的类型以及这类交易和转移受废止规定制约的程序开始之前最长“涉嫌期”。对与内部人员的交易和转移通常应适用更严格的规定。最好至少包括以下类型交易和转移：

- (a) 有证据表明债务人真实意图是通过将资产置于债权人无法达到的地方来欺骗债权人而且对方也知道这样一种意图的情况下发生的交易和转移。在破产法中没有必要具体规定最高期限。
- (b) 在债务人破产或即将破产时发生的考虑不充分的交易和转移，包括馈赠，并应规定最高期限。
- (c) 与债权人的“自愿”交易和转让，例如，债务人提前偿还某项债务，或就现有债务提供物权担保。可能有必要表明已经或即将破产，并应规定最高期限。

“另外，可能最好——但并非一定要——授权清算人可宣布与债权人的交易和转移无效：如果这些交易和转移虽然没有任何不符合规定之处，但是在极短的一段时间内发生的（不超过 90 天，除非债权人作为内部人员）以及如果有证据表明债权人知道或应该知道破产的情况。但是，可能有必要将拟订例外条款，以考虑到正常业务中的交易和转移。”

(d) 合同的处理

81. 许多破产法的一个共同特点是清算人可对双方尚未全部履行的合同进行干预，选择废止或继续（以及可能随后予以转让）这些合同。与废止规则一样，其根本理由是使产业价值达到最高限度。必须在上述目标与相互竞争的利益、某些类型合同——例如劳工合同——引起的社会关切以及清算人干预未履行的合同条件能力对商业和金融关系的可预测性的影响之间进行权衡比较。

82. 可采用各种不同的方法终止或继续不同类型的合同。某些合同可由清算人酌情终止，而另外一些合

同则在程序开始时即自动终止，清算人无权继续这些合同。¹³清算人可酌情继续合同，不论是否经过对应当事方同意，但可有例外情况。无论清算人选择继续还是终止一项合同，破产法均应要求在程序发起后规定的一段时间内发出通知，以便为对应当事方提供确定性。

83. 废弃尚未完全履行的合同的理由主要是“使产业摆脱本身虽然公平但已成为负担的合同，这些合同可能是债务人在破产前的关键时期签订的或对破产企业来说不再有任何意义；以及为执行债权人平等原则而对只履行了部分合同义务并为债务人履行对应义务提供信贷的当事方不予考虑”。¹⁴如果合同终止，对应当事方可获准不再履行尚未履行的那部分合同，并成为无担保债权人，其债权相当于终止所造成的损害赔偿额。

84. 在审议继续合同的问题时，首先遇到的一个问题是审议中的合同是否规定在发起破产程序的情况下因为违约而终止的权利。如果包括这样一项规定，通常则会终止合同，除非清算人请求继续，而且对应当事方同意或清算人在对应当事方反对的情况下选择继续合同。有时，继续比终止更有利。债务人营业楼租赁合同可能就是一个例子，在这种情况下，企业可作为正在经营中的企业出售。继续可能还对对应当事人有利，因为根据合同中有关支付的规定可能优先支付在程序开始之后提供的服务。如果继续，货币基金组织报告（第 32 页）指出，可规定履行合同的费用及由于清算人违约而造成的任何损失应作为行政支出或优先开支，从而保护对应当事方的利益。这将会给其他债权人带来风险，因此，清算人只有在合同对产业有利的情况下才会要求继续执行合同。

85. 货币基金组织报告（第 34 页）查明继续合同权力的两大类例外情况。第一类是清算人有权宣布终止条款无效，并可对某些类型的合同作出具体的例外规定。其中包括短期金融合同，如掉期和期货协定。第二类是不论法律是否允许宣布终止条款无效，合同都不能继续，因为合同规定由债务人或个人服务来履行。

86. 已经继续的合同后来可能出于价值考虑而转让。一些破产法要求对应当事方或所有当事方同意，而另外一些破产法则规定不可转让条款一经实施破产程序便告失效，为了产业的利益清算人可随意转让合同。如货币基金组织报告（第 33 页）所指出的那样：

“尽管清算人拥有违反合同条件选择继续并转让合同的能力可为产业带来重大惠益，从而给清算之后收益分配的受益者也带来重大惠益，但是这种能力显然损害了合同的对应当事方的合同权利。而且，转让引起不利于转让协定的非债务人当事方的问题，特别是如果该当事方在选择受让人问题上发言权很小或没有发言权。”

87. 如上所述，某些类别的合同引起社会关切，在破产法中可能需要特别对待。一个具体的类别是劳工合同，在这种合同中，清算人终止合同的能力可能会受到限制，因为担心清算可被用来作为明确取消这类合同为雇员提供的保护的手段。当准备将企业作为经营中的企业变卖时，可能会出现这种情况，因为取消有偿雇用合同可能会对售价有利。另一类可能是债务人为承租人的租赁协定。

88. 货币基金组织报告（第 34 页）的结论是：

“清算程序应赋予清算人以终止或继续双方尚未全部履行的合同的权利。规定这项权利的范围需要作出重要的政策选择：广泛的终止或继续权有助于使产业的资产价值达到最高限度，但也会造成对合同关系的更大程度的干涉。另外，对某些类型的合同来说，可能有必要对这些权力加以限制。

“(a) 终止—清算人应有权终止尚未履行的合同。一旦终止，对应当事方将成为无担保债权人，

¹³ Balz and Schiffman, 第二部分, 第 67 页。

¹⁴ 同上。

其债权相当于由于终止而造成的损害赔偿额。承认各国可选择限制对诸如劳工合同或租赁协定（债务人为出租人）之类的特别合同使用这项权利，这种限制在有意将企业（或企业的一个业务部门）作为经营中的企业出售的清算过程中将有适切性。

“(b) 继续和转让——清算人通常应有权力选择继续履行合同（包括转让履约），只要合同条件并不排除这类继续。如果作出这类决定，应优先支付（作为行政开支）对应当事方在清算程序开始之后所提供的任何履约服务。如果一个国家决定允许清算人违背合同条件继续或转让合同，则应要求清算人表明清算人或受让人可充分履行合同。诸如金融和个人服务合同之类的特别合同，通常有必要列为继续权的例外情况。”

(e) 抵消

89. 在破产程序中，承认抵消权将允许同时也是产业债务人的债权人在程序启动之后行使抵消权。效果可能是，债权人可能得到全额支付，视债权人债权额和产业向债权人提出的债权额的情况而定。尽管这种做法看起来可能有利于同时也是产业债务人的那类债权人，从而可能会引起有关对债权人一视同仁的问题，但是也可争辩说，拒绝偿还债权人同时却又坚持要求该债权人作出偿还是不公平的。另外，货币基金组织报告（第 35 页）指出，由于许多对应当事方为银行，抵消权特别有利于银行系统，因此，可能对经济普遍有利。放款给已经开始破产程序的实体的银行可能也持有该债务人的存款。程序开始后的抵消权可使银行以这些存款抵消其未得到支付的债权，即使这些债权尚未到期，不是应付款项。

90. 货币基金组织报告（第 35 页）还指出了抵消权与破产法其他规定之间的相互关系。例如，抵消权可能需要服从废止规定，如果债权人接受原为债务人持有的债权发生在涉嫌期。这项权利还可能因为清算人可宣布合同中的终止条款无效的权利而受到限制，除非宣布无效的权利明确地限于使债权人能够终止合同并抵消相互的货币债权。

91. 货币基金组织报告（第 36 页）的结论是：

“一般法律中存在的开始前抵消权在清算程序中应得到保护，通常债权人和产业双方均可行使这项权利。另外，法律还应允许开始后抵消，只要相互债权是在同一交易中产生的。另外，各国还似宜考虑允许在破产程序开始后行使根据一般法产生的抵消权，特别是在相互负债的情况下。”

(f) 资产的处置

92. 清算人采用的出售方式应以使产业价值达到最高限度为目标，应采用一种公平、透明的程序。例如，如果出售是在私下进行的，则可能需要使其能够视情况由法院进行监督，或要求债权人批准，以避免勾结。

93. 货币基金组织报告（第 38 页）的结论是：

“清算资产程序应当及时、有效，应为实现能够使被清算资产达到最高价值的变卖创造条件。为此，该法律通常应当允许公开拍卖和私下出售两种方式，并要求，在后一种情况下，出售应由法院监督或经债权人批准，或两者都包括。任何出售均应充分提前通知债权人。”

(g) 优先权

94. 确立产业收益分配优先次序方法是很重要的，这不仅是为了促进提供信贷，特别是担保信贷，而且还为确保有序、有效地进行程序。这包括留出用于清算人支付的备用款，以及确保可达到清算程序的目的。因此，破产法可能需要包括不仅规定如何根据债权人债权的分类（有担保的、无担保的、行政或其他种类）向债权人分配，而且还涉及清算人支付及其他行政费用的规则。

95. 根据这样一种方法，担保债权人对变卖抵押品的收益拥有第一优先债权，直至达到担保债权的价值，

或达到抵押品价值的一般收益，具体视于采用了哪一种方法来保护担保债权人而定（见上文第 68 段）。如果担保债权超过抵押品价值，或（程序）开始时的担保债权的价值，该债权的未担保的部分在分配中将被作为无担保债权对待。

96. 在无担保债权人中间进行分配时，第一优先通常将是行政费用，这包括法院费用及清算人费用、清算人签订的或继续的支付，以及与收回、管理、评价和分配产业的资产有关的费用。这种优先权规定的部分理由是吸引合格的专业人员来进行清算工作，以确保有序、有效地进行破产程序。如果担保债权人参与某项清算，破产法一般规定担保债权应优先于行政索偿。但是，一些法规定与保护和变卖抵押品有关的费用应从抵押品和担保债权的价值中扣除，然后才支付担保债权人，而另外一种方式则认为从产业行政费用中扣除上述费用可能合理。在一些国家，与行政费用并列的另一项费用是在程序开始之前形成的用于补偿雇员的索偿金。

97. 在偿还担保债权和行政索偿之后剩余资源分配问题上，不同破产机制的处理方式不大相同。一些法律查明不同类型的特权，确保某些类别无担保债权人的优先次序靠前。可能有一系列可证明特权存在合理性的社会及政治原因，例如有必要保护经济实力不够强大的那一类索赔者或因为某些类别的索赔者——例如侵权索赔者——并非自愿按市场条件提供信贷，而是由债务人或法律迫使其“提供信贷”。亚行报告（第 21 页，2.12）指出许多破产机制都规定诸如税务债以及欠雇员的债之类的债务应先于其他人得到全额偿还。但是，特权确实有可能降低程序的总体效率和有效性，也确实构成了债权人平等这一目标的例外情况。在一些情况下，据说，由于特权而使一般债权人和银行普遍对该程序不感兴趣。为此，亚行报告指出，现代的方法是努力尽可能限制优先索偿权。

98. 一旦偿还了有特权的几类债权人的债权后，产业的余额将按比例分配给无担保债权人。在分配中将有必要考虑到后偿索赔。一些法域将诸如各种罚款、补贴、股东信贷以及普通无担保债权在提出破产程序请求后应得利息等作为后偿索赔，而在另外一些法院中，这些索偿要求被排除在外，或被视为不可准允的索偿。

99. 亚行报告（第 21 页，2.12）的初步建议是：

“破产法机制应当尽可能维护对所有债权人一视同仁的原则。因此，破产法应尽量限制优先债权的数目。”

100. 货币基金组织报告（第 41 页）的结论是：

“确立在分配产业资产变卖收益时应给予各类债权人的优先次序的规则应考虑规定担保品或后偿地位的合同条件。因此，作为一项一般性规则，如果产业的资产被抵押，这类资产变卖所得收益应首先分配给担保债权人直至达到他们担保债权的价值，另加任何由于停止造成的而在程序进行期间尚未支付的赔偿。优先规则的拟订还应促进破产程序的有效运作。因此，行政费用（包括支付包括清算人在内的专业服务以及提出请求后的债权人的债权要求）应优先于无担保债权。对列入其他法定特权——尽管出于社会或政治原因这些特权可能会被认为是必要的——应尽可能限制，因为这些特权通常影响破产程序的有效性和效率。”

4. 免除债务

101. 如果分配结束之后仍然有待偿还债权，对某些企业来说，则出现了这样一个问题，即应免除债务人偿还这些债权的义务还是让这些债权继续作为未偿还债权存在。这个问题对未偿还债权可能继续存在个人赔偿责任的个人、合伙人和无限责任企业来说具有适切性。货币基金组织报告（第 42 页）查明了解决这个问题的两种方式。第一种方式强调债务人—债权人关系的价值，因为债务人在清算之后继续负有责任将有助于约束债务人的财务行为并鼓励债权人提供资金。在符合限制法规的情况下，债务人将继续对未偿还债权负有偿还责任。另一种方法以“重新开始”的好处为基础，允许诚实、无欺诈行为的债务人

在清算之后立即免除全部债务。

102. 货币基金组织报告（第 42 页）建议：

“在清算其企业后免除债务人个人的债务可能会为其重新开始提供一种适当的手段。但是，对那些有欺诈行为或在程序进行期间未能披露实质性资料的债务人，则不应提供这种手段。”

5. 外国债权人

103. 货币基金组织报告强调破产机制有必要对外国债权人与国内债权人一视同仁。另外，亚行（第 23 页，2.15）和货币基金组织报告（第 68 页）均强调破产法有必要采用共同框架，促进多法域破产程序之间的合作——指贸易法委员会跨国界破产示范法。

D. 重建

1. 基本特点

104. 亚行报告（第 12 页，2.2(b)）指出，尽管重组程序不如清算程序那样普遍，因此可能没有遵循这样一种共同的格式，但仍然可以确定一些主要或基本内容：

- (a) 某个实体自愿服从该程序，该程序可能涉及也可能不涉及司法诉讼程序和司法管制或监督；
- (b) 在有限的一段时间内自动和强制性停止或中止会影响到所有债权人的针对该实体财产的行动和程序；
- (c) 由现有管理部门、独立的管理人或两者相结合的部门继续经营该实体的业务；
- (d) 拟定一项计划，就以何种方式对待债权人、股东及实体本身提出建议；
- (e) 债权人审查计划，并通过表决来接受计划；
- (f) 对一项已被接受的计划进行可能的司法批准；以及
- (g) 该计划的实施。

在以下各节讨论了上述问题。

2. 开始要求

105. 重组机制的目的之一是建立一种程序，以鼓励债务人采取行动及时解决其财务困难。因此，不应适用与清算程序相同的开始标准（全面停止支付），至少在由债务人发起的诉讼程序中不应适用。一些法律对开始某项程序不适用任何实质性的标准，而另外一些法律则采用诸如是否有可能没有清偿能力之类的标准。但是，亚行和货币基金组织报告（第 15 页，2.5；第 45 页）均指出，可能有必要拟定保障措施，确保重组程序不被滥用，例如被根本没有重组可能性的实体用来作为避难所或推延战术，或允许并无财务困难的债务人提出一种将沉重的债务负担转嫁他人的重组计划，例如转嫁给雇员。

106. 由于债权人所处位置不大可能知道债务人可能没有清偿能力，因此，全面中止支付将是适用于债权人启动的重组程序的一种合理标准。

107. 关于开始问题，货币基金组织报告（第 46 页）的结论是：

“法律应允许债务人或债权人发起重组程序。为了鼓励债务人尽早发起重组程序，从而增加重组成功的机会，开始标准不应要求证明已全面中止支付。但是，如果请求是由债权人提出的，通常则应依靠上述证明。法律还应规定通过从清算程序变为重组程序来开始重组程序。”

108. 如上文所述（第 105 段），可能有必要拟定保障措施以防止债务人滥用重组程序。亚行报告（第 15 页，2.5）建议，可通过要求对是否确实存在重组的可能性进行早期评估来解决这个问题。如果债务人未能通过上述评估，可自动转变为清算程序。建议或要求上述转变的权力可由管理人（不是作为最可能了解债务人业务的一方的管理部门）或债权人委员会来行使，也可交由法院行使。通过规定时间限制可使债权人有很大的优势来避免依赖法庭的监督。

109. 亚行报告（第 15 页，2.5；第 21 页，2.12）初步建议：

“作为救助程序的一部分，破产机制应规定独立调查和报告关于公司事务和财务状况。该机制还应规定对有关该公司的任何救助提议均应进行独立评估。如果该公司未能通过所述评估或任何后来进行的评估，则应自动转为清算程序。”

110. 货币基金组织报告（第 50 页）的结论是：

“作为确保重组程序不被债务人滥用的一种手段，拟订允许重组程序转为清算程序的规定是至关重要的。这类规定应包括一种机制，使法院可以在重组显然不可行，或有证据表明债务人在作弊时自行或根据管理人或债权人的建议立即转为清算程序。为了加强这样一种转变机制，各国还应考虑在法律中明确规定重组程序在任何情况下都不得超过规定期限。在那些司法能力有限的国家，这类时间限制可能具有格外重要的意义。”

3. 开始的后果

111. 开始重组程序引起的问题与清算程序类似，均涉及停止债权人对债务人执行法律补救措施的能力以及债务人对产业的控制权，但是重组程序所采用的方法不同。

(a) 停止

112. 对债权人在清算程序中执行补救措施的能力加以限制，是为了避免债务人过早解体，以使清算人能最大限度地实现产业的价值。这在重组程序中就更为重要了，以确保有一个可以重组的债务人，作为刺激手段鼓励债务人尽早尝试重组。和清算程序一样，也有停止措施是否应适用于担保债权人以及适用期限多长的问题。和停止措施不适用于担保债权人的清算程序一样，可能需要采取各种措施以确保保存并保护抵押品，例如允许债权人要求解除停止，或规定重组程序的时间期限。

(b) 债务人业务的控制

113. 进行清算时，债务人通常不再处于能够控制业务的位置，而且将资产移交给清算人，至于在重组程序中应在多大程度上采用上述做法，目前尚无一致赞同的方式。货币基金组织报告（第 47 页）指出，“如果重组程序在债务人对企业的控制程度方面照搬清算程序的规定，那么，这样一种方式肯定会削弱任何促进债务人自愿利用重组程序的积极性”。至于准许债务人在多大程度上保持控制权，必须在企业的长远利益（因为债务人是可能最了解企业的当事方）与任何负面影响两者之间进行权衡——例如对债权人信心的影响。一种方式是允许债务人保持对企业的完全的控制权，不任命独立的管理人。但是，正如上文谈到开始重组程序时所指出的那样（第 105 段），可能有必要拟定保障措施，确保防止债务人为了拖延不可避免的结局的到来而利用重组程序，任凭企业资产散失，破坏重组的机会，影响债务人的利益和信心。

114. 有时，上述问题的解决方法可取决于重组是自愿的还是非自愿的。一种方式是，债务人与管理人确

立一种共同分担的安排，后者负责监督债务人的活动及批准重大交易。为了确保独立的当事方能够看到施加于债务人的限制，而且确切地知道重组程序将如何运作，可能有必要明确地界定债务人与管理人之间的权力分工，而不是笼统地交由管理人酌情处理。

115. 亚行报告（第 17 页，2.7）初步提议：

“如果确有诚意挽救，[……]建议由现有管理部门继续经营，而由独立管理人负责全面监督并拥有最终权力。其次，关于停止或中止针对债务人公司财产的行动和程序的规定在适当的一段时间内应适用于所有债权人（不论有无担保），但受影响的债权人可申请解除停止。”

116. 货币基金组织报告（第 48—49 页）的结论是：

“重要的是，重组程序应规定一旦开始重组程序则停止债权人对债务人资产执行法律补救措施的能力。停止的范围的广泛程度应至少达到清算程序所概述的最低限度要求[……]。[……]停止也应适用于担保债权人。

“[……]在程序的整个持续期间，停止担保债权人强制执行以担保物抵债权利的能力具有至关重要的意义。但是，并不因此而削弱为这类债权人提供充分保护的必要性（包括在不能提供这类保护时解除停止）而且，就此而言，这为规定程序持续期限提供了又一个理由。

“如果使债务人完全脱离企业管理部门，将会打消债务人尽早利用重组程序的积极性，可能会损害重组成功的机会。另一方面，如果允许债务人保留对企业的全面控制权，则会产生一系列风险，包括债务人的资产将会散失的风险，造成对债权人的损害。由于上述原因，法律最好规定这样一种安排，使债务人可继续处理企业日常业务，但须在独立的、法院指定的管理人的严格监督下进行。但是，法院有权在有证据表明资产严重管理不善或拨用不当的情况下完全免除债务人对管理的参与。”

4. 程序

(a) 重组计划的拟定和内容

117. 在有些法域，债务人重组计划是由债务人的现有经营人员拟定的；在另一些法域，则是由独立的管理人拟定的，不过是与现有管理部门或业主共同拟定的。

118. 允许债务人编写计划的理由是鼓励有财务困难的债务人利用重组程序，并且正如货币基金组织报告（第 51 页）所建议的那样，利用债务人了解业务而且知道为了使业务存活而可能有必要采取的措施的长处，增加重组成功的机会。但是，为了确保债权人能够接受由债务人编写的计划，可能有必要规定管理人对计划进行某种程度的监督或评估。一种使债务人最大限度参与拟定计划过程的方式是规定一个最初期限，在该期限内债务人拥有提出计划的专有权。如果债务人未能提出计划，可赋予债权人或管理人（或两者）提出计划的权利。但是，应避免出现不同当事方提出若干计划的情况，因为这可能导致不必要的复杂情况，有可能拖延谈判进程。以何种方式处理这种选择，可取决于所述计划是否需要债权人批准，以及法院是否可以否决债权人的批准。

119. 也可对诸如政府机构和工会之类的第三方提供对所述计划提出看法的选择。

120. 货币基金组织报告（第 50 页）认为：

“作为鼓励债务人利用重组程序的一种手段，法律通常应为债务人提供拟定计划的机会。但这种机会不应只提供给债务人。管理人和/或债权人也应有机会拟定计划，可能是在最初的“专有”期限到期之后。为了提高谈判过程的效率和有效性，最好由法律对不同当事方同时提出各自计划的能力加

以限制。”

121. 在涉及计划的内容时，货币基金组织报告（第 52 页）指出，“几乎所有国家都有法律在不同程度上要求重组计划应适当、明确地向所有当事方披露有关公司财务状况以及计划提议人所提议的法律权利改变方面的资料。”除了一般性原则陈述以外，计划的内容应与批准的程序和效力以及其他法律的适切性密切相关。例如，如果公司法禁止某些交易，例如债股权掉换等，则包括这类转换的重组计划不可能获得批准，除非禁令已予撤销。其他法律的适用，例如，与外国投资有关的法律的适用，可能问题更多。货币基金组织报告（第 53 页）举例说明那些可能会影响不少债权人不是当地居民的重组机会的对外国直接投资的限制。债务人的财务困难同样也可以为外国投资者获得控股权提供机会，由于政策原因，在某些情况下，这可能并不可取。同样的考虑也适用于在某些重组程序中可能需要劳工法和减损的情况。

122. 货币基金组织报告（第 53 页）认为：

“关于一项计划可允许包括的内容，破产法通常只应规定那些为保护债权人所必需的制约，因为债权人可能会由于一项未经其同意而损害其权利的计划的条件而受到约束。”

(b) 计划的批准

123. 亚行报告（第 20 页。2.11）指出，尽管破产机制是一种集体过程，但是既不可能对各种不同的相互竞争的利益平等相待，也不依靠不同利益集团必须就适用该机制取得一致意见。因此，破产机制处理重组计划的批准和效力问题的方式，既要考虑到该程序在未经债权人同意时会在多大程度上损害其利益，又要考虑到在少数债权人不同意的情况下以何种手段实施计划。

124. 只要法律保护担保债权人并确保经批准的计划不干涉债权人权利的行使，担保债权人便可能没有必要就该计划进行表决。但是，这种方法可能影响重组成功的机会，特别是如果抵押资产对该计划的成功来说至关重要。正如货币基金组织报告（第 53—54 页）所指出的那样，除非担保债权人受到该计划的约束，或该计划全部偿还担保债权人的债权，否则债权人行使其权利便可能使该计划无法进行。

125. 上述问题的解决方案之一是允许担保债权人和优先债权人作为各自独立的类别就该计划进行表决，如果不这样做该计划可能会对其索偿要求产生不利影响或严重影响其执行以担保品抵债的权利。如果上述每一类债权人中的大多数都投票支持该计划，则该计划可对所有担保债权人和优先债权人具有约束力。可采取一项措施来保护持异议的担保债权人或优先债权人，这就是规定这些债权人所得到的偿还应至少相当于其可在清算程序中得到的偿还。对某些担保债权人和优先债权人来说，包括雇员在内，支持该计划可能意味着需在其眼前所受到的索偿额方面的影响与实体的未来及长远前景之间进行权衡。

126. 处理普通无担保债权人表决问题，可采用若干机制。第一步是查明约束普通无担保债权人所需要的该类债权人的支持的最低限度临界值以及实现这一临界值的手段。无论需要何种程序的“多数”才能证实该计划得到支持，确定这种多数的手段都可能包括提及实际投票数（相对有权利参加投票的潜在人数而言）是否在百分比上代表债务值的大部分，或代表债权人中的大多数人，或者代表两者的结合。尽管将这两条要求结合可能会使取得批准所需要的支持的难度更大，但是在某些情况下使用这种机制可确保实现债权人之间的公正、平等的结果。货币基金组织报告（第 54 页）中举例举了由一个债权人占有大部分债务值的例子；上述规定将防止该债权人将其对该计划的支持强加于所有其他债权人。

127. 在某些法域，普通无担保债权人分为三类。这样划分可能是有道理的，因为无担保债权人就其希望从重组计划得到什么的角度来说，可能有不同的经济利益和不同的目标。一些债权人可能对企业的长远前景更感兴趣而准备继续保持关系。而另外一些债权人则更关心如何立即得到现金支付，以后不再与该企业打交道。分类的另外一个理由与计划的批准以及采取何种手段可利用一类债权人的支持将该计划强加于其他类别的债权人有关。

128. 如果要求不同类别的债权人通过表决来表明其是否赞同某项计划，可能需要拟定允许将计划强加于

那些反对该计划的少数债权人的规定（“强加”规定），但与此同时，要确保这些债权人的利益得到保护，优先利益得到尊重。保护被迫接受计划的那些债权人的利益的法律还适用一项规则，该规则规定如果优先权较低一类债权人得到任何偿还值，则不得强迫持不同意见的那类债权人接受低于其债权全部偿还值的偿还，（“绝对优先规则”）。货币基金组织报告（第 56 页）指出债权人分类和适用这类规则会使法律以及法院和管理人适用这项法律复杂化。如果机构基础设施完善，足以处理这种问题，这种复杂化可能有道理，因为可以增加重组成功的机会。而在其他情况下，由于一个复杂的分类系统的发展和债权人表决需要谨慎选择分类机制和表决机制，因此机构基础设施所承受的负担可能会实际上影响重组程序。

129. 一些法律规定如果某项计划可能影响债务人实体的公司形式、资本结构或成员状况，则须经股东核准。如果计划是由管理部门提出的，则可能已经经过股东核准，特别是如果制约实体的规则或法律这样要求的话。货币基金组织报告（第 56 页）认为，当计划涉及通过转让现有股份或发行新的股份来以股抵债时，情况尤其如此。

130. 亚行报告（第 21 页，2.11）提醒说，在任何表决方法都需确保表决权不致受到操纵，并确保真正债权人的利益不致受到与公司有关的人员（内部人员）表决权的影响或损害。

131. 法院在批准和实施某项计划方面可能拥有一些权力。许多国家使法院能够对可能在批准过程中表示异议的债权人强制执行计划；法院还可能有权力以下述理由驳回某项计划，即使该计划已经债权人法定多数批准，即该计划未能充分保护持异议的债权人的利益或有证据表明在批准过程中有欺诈行为，或该计划不可行。货币基金组织报告（第 56 页）指出，计划可能因其对担保债权人没有约束力和不能全部偿还这些债权人的担保索偿而不可行。这样，如果这些担保债权人行使其权利便可能使该计划无法进行。

132. 货币基金组织报告（第 57 页）的结论是：

- “(a) 重要的是，法律应当能够提供一种手段，将某项计划强加于持异议的少数债权人，但同时也提供一种机制，在这类债权人的利益受到损害时保护其利益。至少，如果某项计划不能为持不同意见的债权人提供至少相当于其在清算程序下应能够得到的偿还，该债权人便不应受这项计划的约束。
- “(b) 作为提高重组可能性的一种手段，可考虑允许担保债权人和优先债权人表决——但只能作为各自独立的类别——并使法院能够将无担保债权人根据其不同的经济利益分成不同的类别。另外，还可考虑使法院有权利用某一类别债权人的支持来使该计划对其他类别债权人也有约束力。如果采用这种方式，则应适用诸如绝对优先规则之类的规则，以确保就适用于清算程序的优先次序而言，持异议的一类债权人得到平等对待。实施这样一种方法通常需要机构性基础结构行使酌处权。因此，如果机构性基础结构能力有限，分类和强制执行计划的授权可能会影响对法律的信心，因此，是否将其列入，需要慎重考虑。
- “(c) 如果债权人的必要多数已经核准了计划，而且计划也得到管理人的赞同，则建议法律仅赋予法院在诸如下列的少数情况下否决计划的权利，例如，持异议的债权人没有得到公平的待遇，或有证据表明在表决过程中有欺诈行为。”

133. 亚行报告（第 21 页，2.11）初步提议：

“破产法应就作为清算或救助程序一部分的债权人的参与作出妥善规定。特别是：

- (a) 破产法应明确界定债权人的表决权，并应规定有关批准救助计划的最低限度要求；
- (b) 应拟定有关各类债权人表决的规定——如果需要救助提议约束担保债权人，则还特别应有关于这类债权人的表决的规定；
- (c) 法律还应提供保护，防止表决系统被人操纵，并应特别确保使法院或其他法庭能够宣布内部人

员或与公司有关的人员、公司股东或董事进行表决所获得的表决结果无效；以及

(d) 某一类别债权人必要多数的表决的效力应当对该类别的所有债权人具有约束力。”

(c) 废止权

134. 与查明的清算程序中废止权的成本和效益有关的问题（上文第 70—80 段）同样适用于重组程序。清算程序中所没有出现的一个问题，债务人在涉及到废止重组期间债务人对实体保持控制权时所进行的程序开始前交易的问题。在这种情况下，债务人可能出于一系列原因而不愿意要求废止某项交易，特别是在有关实体之间贷款或债务人可能有某种利益冲突的情况下。在这种情况下，债权人可能需要有权寻求废止这种交易。货币基金组织报告认为这就是何以要任命一名管理人的原因之一，特别是在这种局面有可能发生的情况下。

135. 货币基金组织报告（第 59 页）的结论是：

“废止规定的存在是重组程序的一个至关重要的组成部分。如果任命了独立管理人，适用这类程序可能会更为有效。”

136. 亚行报告的建议载于上文第 79 段。

(d) 合同的处理

137. 清算程序中有如何处理合同的问题，特别是当企业作为正在经营中的企业出让时，重组程序中也有这样的问题。货币基金组织报告（第 59 页）指出当破产法没有规定一旦开始重组程序则废止合同的终止条款时面临的具体困难。如果所述合同对该实体的重组起着关键至关重要的作用，例如租赁合同，则格外重要。

138. 货币基金组织报告（第 59 页）的结论认为：

“有关干预合同条件的权力范围方面的政策选择在重组程序中格外重要。如果继续或终止合同的权力范围广，会大大增强重组的可能性，但是某些国家可能担心适用该权力的分寸不当可能会影响可预测性。和清算程序一样，如果赋予管理人以废除终止条款权而且（或）法律并不对独立货币索偿折抵加以规定，则规定上述规则的例外条款以允许财务合同折抵便是很重要的了。”

(e) 开始后融资

139. 在清算中，当企业为了作为经营中的企业而必须在出售之前进行短期经营时，可为其提供经常性的融资，不过，该企业确有重组前途这一点也是十分重要的。破产制度通过赋予管理人获得有担保的或没有担保的资金的权力来解决这个问题，但有时须经债权人或法院核准。如果提供未典财产担保或已典财产二级优先物权担保还不足以筹集所需信贷，某些破产法则允许管理人赋予“超级优先权”（优先于所有债权人）或“超级行政优先权”（优先于其他行政管理债权人）。

140. 亚行报告（第 17 页，2.7）的初步建议是：

“[……]立法应同意而且规定一种“超级优先权”（优先于所有债权人），以便为债务公司的必要的经常性的、紧急的业务需要提供资金。”

141. 货币基金组织报告（第 60 页）的结论认为：

“鉴于为一家重组期间企业提供新的融资意义重大，因此，法律授予管理人充分的权力以获得这样的融资是很重要的。上述权力通常应包括赋予已提出请求书的债权人以行政优先权，或未典资产物权担保。必要时，还可考虑授予某一债权人以优先于其他行政债权人的优先权。但不建议准许授予可优先于担保债权人的优先权，因为这样做有严重损害担保值的危险。”

(f) 预先组合和预先谈判的重组

142. 通过采用这些方法可使计划的谈判和表决在重组程序开始之前就能进行，并在开始后立即请求法院批准。另一种方法是在开始重组程序之前进行有关该计划的谈判，正式表决则在重组程序开始之后进行。货币基金组织报告（第 61 页）概述了上述程序的一系列好处。这种程序将非正式程序的好处及效率作为正式重组程序好处之一的可将计划强加于持不同意见债权人的能力两者结合起来。这种方法为债务人提供了控制企业方面的确定性，并将对业务的影响降低到最低限度。在机构性基础结构有限的情况下，缩短程序的正式部分是有利的。但是，应当指出的一点是，债务人在与债权人进行谈判的期间将不享有防止受到这些债权人行动影响的保护。

143. 货币基金组织报告（第 61 页）的结论认为：

“作为提高重组程序效率的一种手段，法律应允许法院在重组程序开始之前批准已经过表决的（或至少经过谈判的）计划。”

E. 债权人的参与

144. 亚行和货币基金组织的报告（第 20—21 页 2.11；第 62 页）强调债权人作为决策者积极参与破产过程中一些关键领域的重要性。虽然债权人参与清算程序的程度一般来说比参与重组程序更有限，但清算程序中的债权人有权解除清算人的职务，批准清算人暂时继续营业，并批准私下出售不动产。这种参与表明，有必要向债权人通报清算的进展情况。

145. 在重组程序中，债权人一般有权解除管理人的职务，提出并批准重组计划，并要求或建议法院采取行动，例如，将重组程序改为清算程序。为了便利债权人参与这一过程，可建立代表不同类别债权人的利益的债权人委员会，以便代表债权人行事。虽然这一委员会只是履行咨询职能，但它可以便利决策过程，就那些将裁决的关键事项向法院和债权人提出建议。它还提供了一个有助于债权人解决相互之间的分歧的论坛，并发挥着向债权人提供信息的工具作用。

146. 亚行报告（第 21 页）提出的初步建议是，破产法应当对作为清算或救助过程一部分的债权人的参与作出适当规定。

147. 货币基金组织的报告（第 63 页）提出下述结论：

“该法应使债权人能够在破产程序中发挥积极的作用。为此目的，该法应允许设立债权人委员会，此种委员会的费用应计作行政费用。”

F. 清算人和管理人

148. 关于清算人和管理人的资格、任命、解职、报酬和赔偿责任，货币基金组织报告（第 63—65 页）确定了一些需在破产法中作出考虑的问题。作为法院任命的官员，清算人和管理人都义务确保法律得到有效而公正的运用，他们还需就一些有可能在实施程序的过程中出现的事项与法院配合。

149. 鉴于清算和重组程序的潜在复杂性，被指定担任这些职务的人需拥有商业和金融方面的充分经验和法律知识。为了获得便利这两种过程所需要的专门咨询，可以采取聘请专家的办法。需考虑如何任命这一官员（例如，可以从有资格的专家名单中选出），并需考虑是否应由法院任命。

150. 关于解职问题，无论是清算人还是管理人，都可以根据无担保债权人的多数作出的决定或由法院作出的决定被解职，法院可以自己动议也可应任何有关当事方的请求，作出这种决定。如果由债权人解职，可能要考虑是否需提出解职理由，如果不需要提出理由的话，还需考虑是否应对无须提出理由的解职规

定任何时间限制。

151. 无论为酬劳清算人和管理人选择什么样的根据，都不妨采用一种有透明度的方法来避免与债权人的纠纷，应当在程序开始时向债权人说明这种方法，并借此种方法避免法院行使专属酌处权。

152. 清算人或管理人的赔偿责任是另一个需要审议的问题。如果清算人或管理人是由法院任命，则他们对各有关当事方都负有照管义务，并将对违反这一义务承担赔偿责任。在确定应对清算人和管理人适用什么照管标准时，应当考虑到他们履行其义务的潜在困难、聘用称职的专业人员的必要性以及减少这种赔偿责任的方式，例如，在作出任何关键决定之前征得债权人的批准。

153. 关于这些问题，货币基金组织报告（第 65 页）载有下述结论：

- “(a) 鉴于清算人和管理人在破产程序中所起的关键作用，他们必须掌握充分的法律知识并拥有商业和金融方面的丰富经验。为了确保这些官员德才兼备，各国似应考虑建立某种形式的自我管制的颁发执照制度。
- “(b) 法院应有权任命清算人或管理人。法律应确定由法院或由无担保的债权人的多数解除这些官员的职务的条件。
- “(c) 虽然可以采用各种各样的方法来确定对清算人或管理人的报酬，但重要的是所选择的方法要有透明度，并在程序开始时即向债权人说明此种方法。
- “(d) 作为法院任命的官员，清算人和管理人有义务确保法律得到有效而公正的运用。因此，他们对各有关当事方都负有照管义务，并应因违反此种义务而对所有这些当事方承担个人赔偿责任。一般而言，只有在玩忽职守时，方可认为违反照管义务。”

G. 法院

154. 亚行和货币基金组织的报告（第 18 页 2.8；第 66 页）都述及清算程序和重组程序的管理问题，这些问题涉及法院的监督作用。亚行的报告（第 18 页 2.8）注意到，需要有适当的管理和监督，破产法才能在破产过程开始时以及有条不紊的进行中有效地发挥作用。该报告建议，“大多数法域的经验是，通常需设立一个专门法院或其他行政机构（当然还需有经验丰富的法官或官员），来应付破产个案的初期处理工作，此后则继续行使一般监督职责，以确保管理工作正常进行，有关制度不被滥用。”货币基金组织的报告（第 66 页）还注意到，只有当司法机关拥有充分执行能力时，破产法才能发挥效力，从而突出了司法机关的能力与破产法的设计之间的重要关系。

155. 亚行报告（第 18 页 2.8）提出的初步建议是：

“破产法规应当对破产公司最初的处理工作规定快捷而严格的时间限制。必须为法院及其他法庭制度提供适当资源，使这一过程得到贯彻。

“对正在清算的破产公司的长期管理，可以通过专门的政府机构来进行，但也需作出安排，以便能够把比较困难和比较复杂的清算个案交给外部独立的专门破产管理人来管理。必须为政府机构提供适当资源，使其得以有效地履行职责。

“救助个案应当由独立的专门管理人来管理。

“所有清算个案或救助个案均应接受有关的法院或法庭的监督。”

156. 货币基金组织的报告（第 67 页）的结论是：

- “(a) 作为确保破产法的适用力求有预见性的手段之一，该法应当对法院如何行使其酌处权提供适当指导，特别是当法院的决定涉及评价经济及商业问题时。

- “(b) 由于破产程序启动了一种动态过程，务必设立一种程序，确保法院的审理迅速进行并在此后尽早作出判决，包括提出上诉。在上诉期内，下级法院的判决通常仍应具有约束力。
- “(c) 鉴于需确保效率以及适当地行使酌处权，各国似应考虑以破产法院或商事法院的形式设立专门法院。不论是否采用专门的法院制度，法官都必须在商业和金融方面接受过适当培训并拥有丰富的经验。”

H. 非正式破产程序

157. 过去十年当中，非正式破产程序在一些国家发展起来，在正式破产程序之外另辟途径，其灵活程度以及债权人积极主动的早期反应均胜过正式制度下通常能够达到的水平。亚行的报告（第 25—227 页）说明了非正式程序的必要条件以及主要的过程和实际问题。报告还注意到（第 63 页），由于报告中研究过的许多国家的商业文化都偏重于非对抗性的冲突解决办法，有可能在一种比较坚实的基础上促进并发展必要的条件，从而对解决破产债务人或陷入困境债务人的问题形成一种非正式的谈判方法。

158. 亚行的报告（第 24 页）指出了使非正式程序行之有效所需具备的一些明确界定的初步前提。它们包括：对一些不同的债权人，通常是银行或其他金融机构欠有大笔债务；倾向于谈判达成解决债务人财政困难的安排；可以利用比较完善的再融资、担保及其他商业手段，借以重新安排或重组债务；准许在非正式过程破裂时求助于破产法；各方通过谈判而不是通过正式程序获得更大收益的前景。

159. 非正式的解决过程包括以下一些步骤：建立一个论坛，使债务人和债权人能探索并谈判达成应付债务人财政困难的安排；任命一个“带头的”银行债权人，以组织并管理这一过程；设立债权人“指导”委员会；就债权人和债务人暂不采取不利行动达成协议，此举可能相当于正式程序中暂停诉讼和程序；提供关于债务人情况的资料，其中包括债务人的活动、目前的营业状况，等等。

160. 亚行的报告（第 25-27 页）提出了一些可能需在发展非正式程序时加以解决的问题。它们包括：确定哪一当事方可以启动这一过程以及可以用来确保这一过程取得进展的手段；独立专家和顾问应当参与这一过程的程度，解决债权人之间的分歧，特别是对相竞优先权的分歧的手段；同持不同意见的债权人以及那些完全因债权人人数过多而无法积极参与这一过程的债权人打交道；向债务人实体提供维持资金并确定获得这一资金的优先权。

四. 今后可能开展的工作的形式

161. 如果工作组认为委员会进一步围绕上文所有问题或其中的任何问题开展工作是可取的和可行的，则工作组或许还应考虑，在目前的工作框架中推出一种什么样的产品较为合适，例如，是示范法，示范条文，一套法律原则，还是其他文本。以下各段论及由这些不同的工作产品提出的某些考虑，包括每一种文书对实现下述目标所能发挥的潜在作用：为行之有效的国内公司破产制度制订一种协调一致的框架。

A. 示范法或示范条文

162. 示范法是一种建议各国作为本国法律的一部分加以采纳的法律文本。在将示范法的文本纳入其制度时，一个国家可能对法律文本作出调整，使之适合本国的需要，并可能酌情修改或删除其中的一些规定。正是这种灵活性，得以在某些情形下确保示范法比一项关于同样主题事项的公约更容易被接受。但是，尽管示范法有这种灵活性，但还是请各国（例如通过联合国大会的决议）在将示范法纳入其法律制度时尽量少作修改，以便增加达到满意的统一程度的可能性，并能确切地了解统一的范围。

163. 当预期各国希望或需要对统一案文作出调整以照顾不同制度提出的不同的当地要求时，或者当不需要严格的统一性时，示范法是一种使各国的法律实现现代化并求得统一的适当手段。例如，在统一诉讼程序法时，因司法制度的结构不同或因程序传统不同，可能需在某个国家将其作为国内法颁布之前，对

统一案文作出各种修改。示范法还适合满足统一案文的下述目的：一方面，在国内制度大相径庭、欠发达或过时的领域中确立现代法律的标准，另一方面，为推动统一而提供动力。另一个或许有利于采取示范法做法的考虑是，对于一项载有不能更改的义务的文书，更易于进行谈判。

164. 贸易法委员会近年来拟订的示范法文书都包括颁布指南，而以前拟订的示范法文书则包括解释性说明。颁布指南或解释性说明的目的是，提供可能有助于各国政府和立法者使用文书的与文书有关的背景资料和说明性资料。例如，指南可以列入一些有助于各国考虑哪些示范法条文需根据具体国情加以修改的资料，还可包括一些与工作组讨论各种政策选择及各种考虑有关的资料。另外，通过进一步解释和向颁布示范法的国家提供指导，也可把示范法文书中未曾述及的一些事项列入指南中。

165. 在贸易委员会编拟的示范法的范畴内，两个文书——《国际商事仲裁示范法》和《电子商务示范法》——显示了这种形式的灵活性。《国际商事仲裁示范法》或可看作是一种程序性文书，它提供了单独一套互为依存的条文。据建议，在通过该示范法时，几乎无需作什么修正或修改。各国一般极少在通过颁布法规时偏离示范法文书，表明这一文书已作为一种协调一致的文书被广泛接受。

166. 另一方面，《电子商务示范法》则是一种概念性更强的文书。通过示范法的法规或提议“颁布”示范法的法规，基本上都反映了该文书的各项原则，但也可能偏离该文书，不仅是在起草方面偏离，而且是在所通过或提议通过的条文的组合方面偏离。就其本身而言，而且从应当对示范法和示范条文加以区别的角度来看，《电子商务示范法》或许可以看作是确立了一套示范原则，而采用法律条文的形式来拟订这些原则，是为了便于立法者审议并有助于制订法律。这些原则不一定象《国际商事仲裁示范法》那样形成一套单独的原则，而是论及一些可能散布于某个典型的颁布国不同国内法各个部分中的现有规则。因此，颁布国不一定将整个文书纳入某一单独的法律中，而可能在现有法律中采纳其中适当的规定。尽管如此，《电子商务示范法》的确论及了与建立电子商务基本法律框架有关的法律问题，而且，尽管示范条文并非打算处理与电子商务有关的所有法律问题，但它们的确提供了一套在国际范围谈判达成的原则，这些原则可以在立法者审议并处理所涉及的问题时为其提供指导。

B. 立法原则或建议

167. 并非总能找到某种适当的形式，如公约或示范法，来制订可纳入各国法律制度中的某些统一条文。其中一个原因可能是，各国的法律制度对解决某一特定问题采用大相径庭的立法手段和办法，或者各国尚未就商定一种共同的办法或共同的规则作好准备，等等。另一个原因可能是，对于找出解决某个问题的统一办法，并非所有国家都认为有着十分紧迫的必要性。

168. 在这种情况下，可能不宜试图用示范法的形式拟订案文，而应将行动限于拟订一套原则或立法建议。这些原则或立法建议的目的，是协助各国政府和立法机构审查某一领域中的法律、条例、法令及类似法律文书是否适当。为了增进统一协调的目的并为了提出一种示范法规，这些原则或建议不能只限于阐明一般目的。这些原则或建议需阐明一些在国内法和条例中经常遇到的问题，并就通过立法处理这些问题的可取性作出说明。这种文书将在立法方面就某些问题提供一套可能有用的解决办法，但不一定是为所审议的问题提供一套单独的示范解决办法。根据有关的政策考虑，不妨包括一些变式。这种文书将有助于读者评价各种可资利用的办法并从中选出适合国情的办法。

* * *

